DISSERTATIO INAVGVRALIS JVRIDICA

DE ACTIONE HYPOTHECARIA
CONTRA
TERTIVM POSSESSOREM INSTITVENDA,

QVAM,

AVXILIANTE NVMINE DIVINO,

RECTORE VNIVERSITATIS MAGNIFICO,

PRÆNOBILI, AMPLISSIMO ATQVE CONSVLTISSIMO

DN. TOBIA JAC. REINHARTHO,

JCTO, SACRI PALATII CÆSAREI COMITE, JVRID. FACVLT. ASSESSORE ET PROFESS. COD. PVBL. ORDIN. CIVITATIS STNDICO ET CONSVLE,

IN PERANTIQVA ERFFVRTENSI VNIVERSITATE

INDVLTV ILLVSTR. JCTORVM ORDINIS,

SVB PRÆSIDIO

DN. RVDOLPHI HENRICI Zieglers/

J. V. D. PROFESS. PVBL. ORDIN. ET COLLEG. SAXON. DECAN.

PATRONI SVI SVMME DEVENERANDI,

PRO LICENTIA

SVMMOS IN VTROQVE JVRE HONORES RITE ADIPISCENDI,

PVBLICÆ ERVDITORVM CENSVRÆ SVBMITTIT

AVTOR ET RESPONDENS

Friedrich Hartmann Wachßmuth/ *Not. publ. Cæſ. jur.*

Longoſaliſſenſis.

LOCO HORISQVE CONSVETIS,

DIE XVII. AVGVSTI A. M DCC XXXI.

ERFORDIÆ, Typis JOH. CHRISTOPHORI HERINGII, Acad. Typogr.

BIBLIOTECA N... ROMA VITTORIO EM...

Digitized by Google

Digitized by Google

DISSERTATIONIS INAVGVRALIS JVRIDICÆ

DE

ACTIONE HYPOTHECARIA CONTRA TERTIVM POSSESSOREM INSTITVENDA

PROOEMIVM.

CUm leges XII. Tabb. admodum breves eſſent, nec omnes caſus, qui infiniti ſunt, minima circumſtantia jus variante *L. 10. ff. de LL.* comprehendere poſſent; Prætores ſupplendi, adjuvandi, corrigendi juris civilis autoritatem habuerunt, vivaque vox juris civilis dicti ſunt, *L. 1. & 8. ff. de Juſt. & Jur.* Hinc varias in jure propter æquitatem naturalem æque

ac utilitatem publicam, actiones v. g. Publicianam, Reſciſſoriam, Paulianam, de conſtituta pecunia, de peculio, quod metus cauſa &c. introduxerunt. Hac ratione, cum jure civili contra poſſeſſores rerum nobis oppignoratarum nulla dabatur actio, quia partim neque ex contractu, neque ex delicto vel quaſi, nobis obligati erant, partim quia ex pacto nudo nulla actio naſcebatur, quod tamen Prætori iniquum videbatur, pignus habere & illud libere perſequi non poſſe, atque hac ratione inutile fieri pignus, etiam actio hypothecaria, de qua in hac Diſſertatione pluribus, introducta eſt. HOPP. & POMERESCH. *ad §. 7. Inſt. de action.* Sed antequam me ad ipſam rem converto paucis de Etymologia vel derivatione Tituli diſſertationis meæ agam.

§. I.

Etymol. DErivatur actio ab agendo ſeu ducendo, quia olim actores ducebant reos etiam invitos obtorto collo in judicium, communiter definiri ſolet: Eſt jus perſequendi in judicio, quod ſibi debetur *§. 1. Inſt. de act.* Proprie autem actio non eſt jus i. e. facultas, nam ipſum jus perſequendi deſcendit vel ex jure in re vel jure ad rem, ex quo actiones oriuntur, & ſic

ſic actio exiſteret â ſe ipſa, ſi eſſet jus vel in re vel ad rem. Ipſa autem actio eſſet jus agendi, ſi eſſet jus perſequendi; quo minus autem jus ſeu potentia agendi & perſequendi poteſt eſſe ipſe actus ſeu actio & perſecutio, eo minus actio poteſt definiri per jus agendi, niſi cauſaliter & improprie contra regulas bonæ definitionis, ſi nempe jus hoc loco ſumatur pro remedio juris, melius itaque, quod ſit petitio judicialis TREIB. *ad §. 1. Inſt. de action.* Hypothecaria ab hypotheca, ὑποθήκη, quod eſt vocabulum græcum & derivatur â præpoſit. ὑπὸ & *ariſt. 1.* θῆναι verbi τίθημι pono; Eſt vero hypotheca jus in re creditori in ſecuritatem debiti conſtitutum LAVTERB. *Comp. ff. de pignor. & hypoth. p. m. 402.* Poſſeſſor â verbo poſſideo, & poſſeſſor eſt, qui rem corporalem detinet animo ſibi habendi.

§. II.

Actio hypothecaria eſt prætoria, realis, qua creditor rem oppignoratam adverſus quemcunque poſſeſſorem perſequitur. *§. 7. Inſt. de act. allegat.* LAVTERBACH. *Comp. jur. loc. cit. p. m. 403.* Eſt vel Serviana, â Servio Prætore ita dicta, qua locator prædii ruſtici res coloni pignoris jure ſibi obligatas perſequitur. *§. 7. Inſt. de act.* vel quaſi Serviana, qua creditores res ſibi obligatas perſequuntur. *dict. §. 7. Inſt. de act.* Definit.

§. III.

Differt ergo a pignoratitia actione in ſpecie ſic dicta, quæ demum ſoluto debito, datur debitori, ad recuperandum pignus; hypothecaria vero datur creditori ad perſequendam rem oppignoratam, nam pignus Different.

 tra-

traditur creditori, hypothecæ vero poſſeſſio manet penes debitorem & creditor tantum jus in re habet conſtitutum *§. 7. Inſt. de act. & L. 9. ff. de pignor. act.* quanquam in ſenſu latiori vocabulum pignoris ſignificat & hypothecam & pignus in ſpecie ſic dictum, & ſic inter pignus & hypothecam tantummodo nominis ſonus differt *L. 5. §. 1. ff. de pign.* Quando autem ſumitur pro contractu reali, tunc ſpectat ad jus ad rem, quando vero pro jure in re i. e. hypotheca, tunc ſpectat ad jus in re, & ſic omnino differt hypotheca â pignore.

§. IV.

Differt â Salviano interdicto. Differt etiam actio hypothecaria â Salviano interdicto, 1) quod actio hypothecaria ſit ordinarium remedium ſeu petitorium, Salvianum interdictum vero ſummarium ſeu profeſſorium 2) quod in hypothecaria probandum ſit rem oppignoratam tempore oppignorationis in bonis ſive dominio debitoris fuiſſe. *L. 15. §. 1. ff. de pign.* quanquam alii exiſtimant, tantummodo probandum eſſe, quod debitor tempore oppignorationis rem bona fide & juſto titulo poſſederit *arg. L. 18. ff. de pignor.* STRUV. *Synt. jur. civ. Exerc. 26. th. 37.* hucque etiam pertinere regulam: Quoties dominium probandum eſt incidenter, toties etiam ex poſſeſſione probari poteſt, & ſic verba *leg. 15.* in bonis debitoris fuiſſe de bona fide & juſto titulo explicanda eſſe. BERGER. *Oeconomia jur. lib. 2. tit. 5. §. 12. not. 3.* in Salviano interdicto ſufficiat probaſſe debitorem rem oppignoraſſe & tempore oppignorationis poſſediſſe. GAIL. *2. obſ. 26. n. 1.* 3) quod actio Serviana & quaſi Serviana contra quemcunque poſſeſſorem dentur, *L. 16. §. 3. ff. de*

pignor.

Digitized by Google

pignor. ZOES. *ad ff. de Salviano interdict. n. 4.* interdictum Salvianum vero contra eum ſolummodo, qui cauſam habet ab oppignorante *L. 1. Cod. de precar. & Salvian. interdict.* Uſu fori tamen contrarium receptum eſſe monet BERGER. *in Reſolut. Leg. obſ. p. m. 779.*

§. V.

Datur illis, qui hypothecam habent conſtitutam, ſive ſit tacita ſive expreſſa BERGER. *Oeconom. jur. lib. 2. tit. 5. §. 14. not. 1.* Aſt in Saxonia Elect. tacitæ hypothecæ *Ord. Jud. Sax. Rec. tit. 45. §. 1.* Imo & hypothecæ rerum mobilium ſive judicialiter ſive extrajudicialiter conſtitutæ ſint *dict. Ord. Sax. Jud. Rec. tit. 44. §. 2.* plane abrogatæ ſunt. Cui competat actio hypothec.

§. VI.

Sed ut redeam ad thema meum: an contra tertium quoque poſſeſſorem detur actio hypothecaria? & ſciendum eſt jure novo contra tertium poſſeſſorem, ad quem debitore alienante pervenit hypotheca, non poſſe moveri hanc hypothecariam actionem, niſi prius debitor ejusque heredes actione perſonali, nimirum condictione certi ex mutuo, imo & fidejuſſores actione ex ſtipulatu conventi, atque excuſſi ſint. *Nov. 4. cap. 2. Authen. hoc ſi debitor Cod. de pignor.* An competat contra tertium poſſeſſorem.

§. VII.

Solent tamen Doctores diſtinguere inter hypothecam generalem & ſpecialem, & ſi res ſpecialiter obligata eſt, tunc creditori immediate, ne prius excutiendus ſit principalis debitor, actionem hypothecariam Exceptio.

riam contra tertium poſſeſſorem concedunt, *Nov. 112. cap. 1. verſ. ab hoc autem* &c. CARPZ. *P. 2. Conſt. 18. & 19. & L. 2. Reſp. 72.* HAHN. *ad Wenſenb. tit. de diſtract. pignor. n. 1.* STRYK. *ad Lauterbach. Comp. jur. alleg. loc. not. Speciali,* HOPP. *ad §. 7. Inſt. de act.* SWENDENDÖRFF. *ad Fibig. p. m. 353.* TREIB. *ad §. 7. Inſt. de act.* diſſentit LAUTERB. *in Collegio theor. pract. lib. 20. tit. 1. §. 74.* & STRUV. *in Synt. jur. civ. Exerc. 26. th. 38.* ibi verbis: quod nonſolum in generali ſed etiam ſpeciali &c. atque hunc JCti Jenenſes, Lipſienſes vero Carpzovium ſequuntur, teſte BERGER *in Oeconom. jur. lib. 2. tit. 5. §. 13. not. 4.*

§. VIII.

Sed re accuratius inſpecta, quanquam contraria ſententia uſu fere comprobata ſit, non eſt cur â Carpzovio recedamus; Nam licet inſcriptio capitis prædictæ Novellæ ſit de litigioſis & de illis agatur, hanc conſtitutionem de ſpecialibus hypothecis tamen diſerte Imperator inde ſeparat, verſ. *ab hoc autem* &c. & argumenta ex rubricis & inſcriptionibus deſumta, ſunt valde lubrica atque debilia HARTM. PISTOR. II. *Quæſt. 36. num. 34.* quia Imperator Juſtinianus ſæpe anguſtiores, aliquando prolixiores & inanes rubricas ſuis titulis & conſtitutionibus præfixit. Cum autem creditoris conditio per alienationem hypothecæ ſpecialis longe deterior reddatur, quam per alienationem generalis hypothecæ, videtur ergo magis conſulendnm eſſe hypothecario ſpeciali, quam generali, BERGER *Reſolut. leg. obſt. p. 455. circ. fin.* Deinde Imperator novelli quid, ſive novi juris inducere voluit, quod ipſa appellatio No-

Digitized by Google

Novellæ indicat, quodque ex verbis: *decernimus, præcipimus* pateſcit; & ſic Novella poſterior 112. derogat priori Novellæ 4. quæ de generali ſolummodo hypotheca loquitur CUJAC. *lib. 8. obſ. 19.* ſicque ſententia Carpzovii merito ſententiæ Struvii eſt præferenda. Et ſic etiam ab Inclyta Facultate noſtra Juridica ao. 1730. menſ. Aug. in cauſa des C.N.O. contra N.G.M. pronunciatum fuit, per verba: Dieweil in praxi meiſt derer JCtorum Meinung recipiret iſt, daß ratione hypothecæ ſpecialis der Poſſeſſor mit dem beneficio ordinis ſive excuſſionis ſich nicht ſchützen könne ꝛc. ꝛc. quam ſententiam ſecuti ſunt in eadem cauſa JCti Helmſtadienſes ao. 1731. menſ. Mart. ſequentibus: Unerwogen die erſtere Exception nemlich ordinis ſive excuſſionis derer mehrern Rechts-Lehrer bewährten und in praxi recipirten Meinung nach in hypotheca ſpeciali nicht ſtatt findet ꝛc. ꝛc.

§. IX.

Ceſſat etiam in generali hypotheca beneficium excuſſionis, quod principalis debitor non prius ſit excutiendus, ſed creditor hypothecam â tertio poſſeſſore, ſi hic ſit emtor, ſecus ſi in pari jure v. g. aliquis ex concreditoribus hypothecariis, ſtatim repetere poſſit, ſi nempe tertius poſſeſſor ſciens rem oppignoratam comparaverit, quia in mala fide & propterea beneficio juris indignus eſt. CARPZOV. *P. 2. Conſt. 18. def. 19.* STRUV. *Synt. jur. civ. Exerc. 26. theſ. 38.* STRYK. *ad Lauterbach. Compend. jur. ff. cit. loc. not. excutiendi*, HOPP. *ad §. 7. Inſt. de act.* Ceſſat beneficium excuſſionis,

§. X.

Ceſſat porro beneficium excuſſionis, ſi debitor principalis vel fidejuſſor notorie non ſit ſolvendo CARPZ. *L.* 2. *Reſp.* 71. quia excuſſio non fit in alium finem, niſi ut appareat, an debitor ſolvendo ſit, nec ne? hæc autem notorietas conſtat, ſi debitor juramentum paupertatis præſtiterit, vel oſtiatim vadat, vel ſi ipſemet ejusque fidejuſſor jurent nulla bona debitoris adeſſe, vel per famam, CARPZ. *P.* 2. *Conſt.* 18. *def.* 15. LAVTERBACH. *Colleg. theor. pract. lib.* 20. *tit.* 1. §. 75. vel ſi ſit abſens & in loco remoto commoretur, ne facile conveniri queat. CARPZ. *l. c. def.* 20. & *lib.* 2. *Reſp.* 72. STRUV. *Synt. jur. civ. Exerc.* 26. *theſ.* 38. vel ſi per Conſtitutum poſſeſſorium debitor nomine creditoris hypothecam poſſideat, quo ipſo facultas alienandi adimitur in caſum non ſoluti debiti, STRYK. *ad Lauterb. Comp. jur. ſæpius c. l. not. excutiendi* STRUV. *Jurisprud. R. G. lib.* 2. *tit.* 25. §. 20. vel denique ſi pactum de non alienando hypothecæ appoſitum ſit. CARPZOV. *P.* 2. *Conſt.* 23. *def.* 34. STRUV. *Synt. jur. civ. l. c.*

§. XI.

In Saxonia Elector. hypothec. general. & extra jud. abrogatæ ſunt

Hodie in Saxonia Electorali hypothecæ generales, ſive ſint judicialiter ſive extrajudicialiter conſtitutæ, tam in bonis mobilibus, quam immobilibus, tam in concurſibus creditorum, quam extra iſtos, contra tertium poſſeſſorem plane non valent *Ord. Jud. Sax. Rec. tit.* 44. §. 1. Imo hypothecæ extrajudiciales, licet coram duobus aut tribus teſtibus conſtitutæ ſint, omni effectu deſtituuntur. *Ord. dict. tit.* 46. §. 1.

§. XII.

Digitized by Google

§. XII.

Quomodo petitum formatur.

Circa petitionem in libello actionis hypothecariæ diſtinguere ſolent, utrum ea contra debitorem an contra tertium pignoris poſſeſſorem inſtituatur; priori caſu alternativam petitionem, nempe ut vel ſolvatur debitum, vel pignus reſtituatur, admittunt, quia ſic quodammodo, concurrunt duæ actiones nempe perſonalis & realis. BERGER *Oeconom. jur. lib. 2. tit. 5. §. 12. not. 3.* aſt poſteriori caſu ſecundum hodiernum ſtylum ejusmodi petitio rejicitur, hac ratione, quod actio hypothecaria realis ſit, *L. 17. ff. de pignor.* atque adeo citra reſpectum ad obligationem adverſus poſſeſſorem, qui nihil contraxit & ex debitoris obligatione conveniri nequit, detur, SVENDENDÖRFF. *ad Fibig. pag. 273. lit. K.* LAVTERB. *Colleg. theor. pract. lib. 20. tit. 1. §. 76.* diſſentit CARPZOV. *P. 1. Conſt. 2. def. 9. n. 1.* pluribus videatur hac de re BERGER. *Reſolut. leg. obſt. pag. 904. ſeqq.* Satius tamen eſſe prædictum ſtylum retinere, puro, qui ſic concipitur: Daß Beklagter Klägern das zum Unterpfand eingeſetzte Guth ſo lange, bis er wegen ſeiner habenden Forderung an Capital und Zinſen vollſtändig befriediget worden, abzutreten und einzuräumen ſchuldig. BERG. *Oeconom. jur. cit. loc.*

§. XIII.

Præſcriptio.

Præſcribitur huic actioni hypothecariæ extraneo bona fide poſſidente, longo tempore nempe decem vel viginti annis *L. 2. Cod. ſi advers. cred. præſcript. opp.* jure Saxonico vero 30. annis 6. hebdomatibus & 3. diebus, mala fide de jure civili 30. annis ad effectum ex-

cipien-

Digitized by Google

cipiendi *L. 7. Cod. de præſcript. 30. vel 40. annor.* quod etiam obtinet in Saxonia cum additamento tamen anni & diei, aſt contra ſi debitor & ejusdem heredes pignus poſſideant 40. annis *dict. L. 7. §. 1.* quod & in Saxonia obtinere videtur *arg. P. 2. Conſt. 5. Confer.* BERGERI *Oeconom. jur. lib. 2. tit. 5. §. 16.* STRUV. *Synt. jur. civ. Exerc. 26. th. 40.*

§. XIV.

Ratio. Quod vero juri pignoris præſcribendo longius tempus quam ipſi debito principali ſtatutum ſit, hanc rationem dat Struvius, quod præſcriptio debiti rarius â tempore contractus, â quo tamen nec ipſo præciſe incipit, ſed â poſtrema exactione initium capiat; præſcriptio autem hypothecæ fere ſemper ab inita hypotheca, quia ſic hypotheca plerumque ſimul debito contracto conſtituitur, ejusque præſcriptio prius incipit, merito longius tempus ei finiendæ deſtinatum eſt, ne alias prius abſolveretur præſcriptio hypothecæ, quam debiti ob tardius initium STRUV. *Synt. jur. civ. Exerc. 26. theſ. 40.* Strykius verò hanc dat rationem, quia in perſona debitoris duplex obligatio concurreret, prima, qua debitor eſt, quæ durat 30. annos, ſecunda, qua pignus poſſidet, quæ decem annos durat. STRYK. *ad Lauterb. Comp. jur. l. c. not. XL. annis.*

§. XV.

Object. Sed objicitur, quomodo ſublato debito per 30. annos hypotheca adhuc ſubſiſtere poſſit? & reſpondetur jus hypothecæ, ex propria ſua natura, qua conſtat

Digitized by Google

ſtat, juxta quam non aliter ceſſat, quam ſi ſoluta ſit pecunia aut creditori ſatisfactum, ſuſtinetur, *L. 13. §. 4. ff. de pignor.* STRUV. *l. c.* & per hunc Autor. allegat. & denique ſublato debito per præſcriptionem 30. annorum nihilominus remanet debitum naturale, naturali vero obligationi accedere poteſt hypotheca, STRYK. *ad Lauterb. Comp. Jur. l. c.*

§. XVI.

Hoc unum adhuc addam, an creditor vi conventionis non requiſito magiſtratu, propria autoritate fundum oppignoratum occupare poſſit? Et diſtinguendum, aut debitor apprehendenti non reſiſtit, & ita vi pacti recte ingreditur poſſeſſionem, & perinde eſt, ac ſi debitor ipſe tradat. STRUV. *Synt. jur. civ. Exerc. 26. th. 41.* aut reſiſtit, & tunc negandum videtur. *L. 3. Cod. de pignor.* ibi verbis: *attamen autoritate præſidis poſſeſſionem adipiſci debent*, verba vero dictæ legis: *qui conventionis legem ingreſſi poſſeſſionem exercent*, tantummodo de excuſatione â crimine violentiæ & pœna *legis 13. ff. quod met. cauſa intelligenda ſunt. vid.* BERGER. *Reſolut. Leg. obſt. pag. 459*, ut enim pignus alicui reſiſtenti vi eripiatur, nulla pactione inire licet *L. ult. ff. ad Leg. Jul.* SVENDENDÖRFF. *ad Fibig. p. 942.* obſtare videtur *L. 11. Cod. de pignor. act.* ſed lex dicta non diſquirit, utrum creditor propria autorita, rem occupare; ſed an debitor ſoluto debito pignus repetere poſſit, & ſic dicta lex non loquitur de pignoribus occupandis, ſed repetendis, ibi enim verba reſtitui debere

An creditor vi conventionis propria autoritate fundum oppig. occupare poſſit.

bere, *vid.* BERGER. *Reſolut. leg. obſt. loc. cit.* CARPZOVIUS *tamen P. 1. Conſt. 32. def. 27. & lib. 1. Reſp. 5.* & perhunc autor. alleg. exiſtimant, pactum de ingrediendo propria autoritate in poſſeſſionem bonorum debitoris ſubſiſtere poſſe, rati tamen conſultius eſſe, ſi judicis autoritas adhibeatur. LAUTERB. *Colleg. theor. pract. lib. 20. tit. 1. §. 63.*

§. XVII.

Concluſio. Plura quidem addi poſſent, niſi temporis penuria obſtaret, maxime cum propoſitum meum fuerit, tantummodo diſſertationem Academicam, non integrum tractatum, de hac materia ſcribere, ulteriora videri & colligi poſſunt penes ſæpius citatos Autores, quorſum B. L. remitto, & ſi quid forſitan diſplicuerit, me ſemper meliori aliorum judicio adductis rationibus ſubmitto.

SOLI DEO GLORIA.

Ehre

Ehre, Geld und Reichthum machen denen mehrſten Menſchen Muth,
Unmuth aber folget drauf, weil die Abſicht ſelten gut.
Er / Wohl-Edler/ ſuchet Ehre, doch die wohl verdienet iſt,
Und des Nächſten Nutzen fördert ſonder aller Argeliſt.

Folget Glück und Reichthum bald auf die neu-erlangte Ehre,
So wünſch ich, daß dieſes nur Sein Vergnügen auch vermehre,
Weil Vermögen ohn Vergnügen nichts iſt, als ein eitel Guth,
Dadurch Unruh wird gewürckt, und mit nichten wächſt der Muth.

Werden Sie hinkünfftig ſteh'n vor der hohen Obrigtkeit,
Allda der'r Clienten Noth proponir'n nach Billigkeit,
Wachſe nur Ihr groſſer Muth, der mit aller Machverfechte,
Wies erfordern in Chur-Sachſen, Fürſtlich' und die Landes-Rechte.

Alſo ſchrieb aus wohlmeynenden Gemüthe, ſich dadurch in das geneigte Andencken des Herrn Doctorandi empſehlend

Deſſen Freund,

Carl Günther Müller/ J. V. C.

Non

NOn tentaſſe animi vires didiciſſeque ſemper
Quid prodeſt? Patriæ commoda nulla parit.
At multum didiciſſe animi certamine vires
Tentaſſe, id patriæ commoda multa parit.
Exemplo hocce Tuo monſtras Clariſſime WACHS-MVTH
Te dignum ſummis laudibus eſſe probas.
In noſtra diligens ſtuduiſti namque Gerana,
Nunc eadem confert prœmia ſumma Tibi.
Ex animo hos igitur ſummos Tibi grator honores,
Iſtis ornatum patria Te recipit.

Sic Clariſſimo atque Conſultiſſimo Domino Doctorando ex animo gratulari voluit, debuit

RVDOLPH CHRISTOPH HENNE,
J. V. Cultor.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

Digitized by Google